

VU Research Portal

Het debat over het Europese Hof voor de Rechten van de Mens

Spijkerboer, T.P.

published in

Nederlands Juristenblad
2012

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Spijkerboer, T. P. (2012). Het debat over het Europese Hof voor de Rechten van de Mens. *Nederlands Juristenblad*, 2012, 254-262. [242].

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Het debat over het Europese Hof voor de Rechten van de Mens

Thomas Spijkerboer¹

Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens ligt onder vuur.² Prominente Britse en Belgische rechters laten zich kritisch uit. Anderen schieten het Hof te hulp.³ Wat is de kern van de kritiek en de reacties daarop? En hoe moeten we het moment waarop, en de termen waarin, dit debat wordt gevoerd begrijpen?

De lezing van de Britse opperrechter Lord Hoffmann uit 2009 was het startschot van de discussie over het Hof.⁴ Het is niet alleen de eerste, maar ook de meest leesbare, vergaande en wat mij betreft veruit de beste aanval op het Hof. Hoffmann betoogt dat het EVRM algemene doelstellingen bevat die als programmatische bepalingen universeel zijn. Maar als deze abstracte normen in concrete zaken moeten worden toegepast, vereist dat allerlei afwegingen die, stelt hij, naar hun aard alleen in een nationale context gemaakt kunnen worden. Mensenrechten zijn 'universal in abstraction but national in application' (p. 11).

De lidstaten van de Raad van Europa, die door het sluiten van het EVRM het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in het leven riepen, waren het eens over de abstracte normen, maar hebben volgens Lord Hoffmann nooit gewild dat die op uniforme wijze in hun landen zouden worden toegepast. Hoffmann spreekt van een 'basic flaw in the concept of having an international court of human rights to deal with the concrete application of those rights in different countries' (p. 13). Dat ligt heel anders bij het Hof van Justitie van de EU, dat immers een duidelijk mandaat heeft om Europees recht te uniformeren (p. 12). Met betrekking tot het EVRM stelt hij: 'The problem is the Court; and the right of individual petition, which enables the Court to intervene in the details and nuances of the domestic laws of Member States' (p. 27). Hoffmann breekt de staf over de dynamische interpretatie van het EVRM door het Hof. Hij vindt het in orde dat een begrip dat in het verdrag voorkomt vijftig jaar later iets anders betekent (hij stelt dit in verband met vernederende behandeling en lijfstraffen op het Isle of Man⁵), maar vindt de introductie van geheel nieuwe concepten niet in de haak – zoals de bescherming van het rustig huisgenot tegen vliegtuiglawaai op grond van art. 8 EVRM.⁶ Weliswaar hanteert het Hof het concept van de *margin of appreciation* (de beoordelingsmarge waarbinnen staten ruimte hebben om op verschillende manieren vorm te geven aan mensenrechten⁷) maar het doet dat volgens Hoffmann slechts morrend als concessie aan het feit dat lokale rechters een kwestie soms beter kunnen beoordelen

dan rechters in een verre Franse stad. De *margin of appreciation* zou volgens Hoffmann veel ruimer moeten worden getrokken, niet uit pragmatisme maar als uitdrukking van een constitutioneel principe. De lidstaten van de Raad van Europa hebben, stelt hij, niet hun soevereine macht om over belangrijke kwesties te beslissen overgedragen aan de Raad, laat staan dat zij het Hof het recht hebben gegeven om zich daar in te mengen. Hij noemt het Hof 'a foreign court' (p. 25), dat er op uit is zijn rechtsmacht te vergroten (p. 14).

De kritiek

De kritiek van Hoffmann is door anderen verder uitgewerkt. Ik onderscheid vier punten:

- 1) Het Hof dringt aan alle 47 lidstaten een grootste gemeenschappelijke deler op en laat onvoldoende *margin of appreciation* aan staten.
- 2) Het Hof vat zijn eigen bevoegdheden te ruim op.
- 3) Het Hof geeft een vrije (dynamische, teleologische) interpretatie aan het EVRM.
- 4) Het Hof is ondemocratisch.

Margin of appreciation

Dat het EVRM het recht op een eerlijk proces biedt, betekent niet dat processen er in alle aangesloten staten eender uit moeten zien. Hoffmann stelt dat het Hof zich niet aan het aspiratiekarakter van de bepalingen van het EVRM houdt en zich, integendeel, in beginsel bevoegd acht om over elke klacht een inhoudelijke uitspraak te doen. Het Hof heeft, op basis van het individueel klachtrecht, een bevoegdheid die haaks staat op wat Hoffmann ziet als de aard van de bepalingen in het EVRM: die van aspiratienormen, die door de nationale rechter moeten worden toegepast. Hoffmann bepleit dat de toetsing aan het EVRM door een nationale rechter gebeurt.

Baudet formuleert het probleem anders en gebruikt meer nationaal-culturele termen. Hij stelt dat rechters voortkomen uit de nationale rechtsgemeenschap en veronderstelt dat dat uitmaakt voor wat zij in een bepaalde zaak zullen beslissen. Hoewel hij ook tegen nationale constitutionele toetsing bezwaren heeft (hij is kennelijk in zijn algemeen-

heid tegen rechterlijke toetsing aan grondrechten), vindt hij supranationale toetsing om een andere reden extra problematisch. De rechters van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens zijn voor hem rechters 'van buiten',⁸ Zij oordelen niet vanuit een 'nationale rechtstraditie' over het nationale systeem waarvan zij onderdeel uitmaken. Zij oordelen van buitenaf over nationale systemen. Dat is 'slechts mogelijk geworden doordat Nederland (...) in 1953 een verdrag sloot'.⁹ Om de nationale eigenheden de ruimte te geven, zou het Hof meer werk moeten maken van de margin of appreciation. Het Hof moet alleen een schending van het EVRM constateren als sprake is van verschikkingen van het soort dat doet denken aan '40-'45'.¹⁰ De Minister van Buitenlandse Zaken nam een vergelijkbare positie in door te stellen dat het Hof 'niet zijn eigen gezag moet verzwakken door uitspraken te doen over zaken die slechts op perifere wijze verband houden met mensenrechten'. De regering is voorstander van een sterk Hof dat zich bezighoudt met toezicht op de kern van het Europese mensenrechtenacquis en bepleit eveneens een ruimere margin of appreciation voor verdragspartijen.¹¹ De regering bepleit in dit kader dat het Hof in beginsel geen feiten moet laten meewegen die dateren van na de afronding van de nationale gerechtelijke procedure en dat het Hof in beginsel de waardering van de feiten of de belangenafweging van een nationale (gerechtelijke) autoriteit dient te respecteren, tenzij deze kennelijk onredelijk is.¹²

Auteur

1. Prof. mr. T.P. Spijkerboer is hoogleraar migratierecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam en medewerker van dit blad. Hij dankt Juan Amaya-Castro, Hemme Battjes, Hannah Helmink en Martijn Stronks voor hun kritische opmerkingen bij een eerdere versie van dit stuk, en Louis Middelkoop en Veeni Naganathar voor hun onderzoeksassistentie.

Noten

2. Notitie Mensenrechten en buitenlands beleid, *Kamerstukken II* 2010/11, 32 735, nr. 1, p. 24; *Kamerstukken II* 2011/12, 32 735, nr. 32; Thierry Baudet, 'Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens vormt een ernstige inbreuk op de democratie', *NRC Handelsblad* 13 november 2010; Thierry Baudet, 'De gespannen verhouding tussen mensenrechten en de rechtsstaat', in: Sadik Harchaoui & Juliët Jonkers (red): *Leve de rechtsstaat!*, Den Haag: Boom Lemma 2010, p. 65-79; Stef Blok & Klaas Dijkhoff, 'Leg het Europese Hof aan banden', *De Volkskrant* 7 april 2011; Tom Zwart, 'Een steviger opstelling tegenover het Europese Hof voor de Rechten van de Mens bevordert de rechtsstaat', *NJB* 2011/343, afl. 7, p. 415; Tom Zwart, 'Bied dat mensenrechtenhof weerwerk', *NRC Handelsblad* 17 januari 2011; vgl. Michael Pinto-Duschinsky: *Bringing Rights Back Home. Making human rights compatible with parliamentary demo-*

cracy in the UK, Policy Exchange, London 2011, www.policyexchange.org.uk/images/publications/pdfs/PX_Keeping_Human_Rights_at_Home_WEB_07_02_11.pdf

3. De Eerste Kamer in een motie, *Kamerstukken I* 2010/11, 32 502, B. Taru Spronken, 'Politisering van het recht?', *NJB* 2010/2280, afl. 44/45, p. 2801; Janneke Gerards, 'Waar gaat het debat over het EHRM nu eigenlijk over?', *NJB* 2011/518, afl. 10, p. 608; Ernst Hirsch Ballin, 'De rechtsstaat: wachten op een nieuwe dageraad?', *NJB* 2011/29, afl. 2, p. 71. In het *NJCM-Bulletin* 2010, p. 975-979 stukken van Karel de Vey Mestdag, Rick Lawson & Reiner de Winter. In de dagbladen J. Peters & L. Kapper, 'Eurohof beschermt tegen overheid, maar Nederlandse rechters volgen EHRM veel te slaafs', *NRC Handelsblad* 15 november 2010; H. Gerbrandij, Aalt Willem Heringa & Kenneth Manusama, 'Het belang van de rechtsstaat zou evident moeten zijn', *NRC Handelsblad* 20 november 2010; Barbara Oomen, 'Versterk liever de Grondwet dan kritiek te leveren op het Hof', *de Volkskrant* 24 november 2011.

4. Lord Hoffmann, *The Universality of Human Rights*. Judicial Studies Board Annual Lecture, 19 March 2009, <http://www.judiciary.gov.uk/media/speeches/2009/speech-lord-hoffman-19032009>.

5. EHRM 25 april 1978, nr. 5856/72 (*Tyrer t. Verenigd Koninkrijk*).

Waar Baudet vindt dat het Hof alleen in extreme casusposities een schending moet constateren, bepleit Marc Bossuyt, voorzitter van het Belgische Constitutionele Hof, dat het Hof zich bij de beoordeling van individuele klachten beperkt tot het controleren van de verenigbaarheid met het EVRM van wetgeving en de jurisprudentie van de hoogste nationale rechters.¹³ Hoewel dat qua juridische techniek een andere benadering is, is de hoofdlijn dezelfde: het Hof moet zich beperken tot de grote lijnen en de rest aan de nationale rechter overlaten.

Bevoegdheden Hof

Een tweede kritiekpunt gaat over de manier waarop het Hof met zijn eigen bevoegdheden omgaat. Het duidelijkste voorbeeld daarvan is de beslissing van het Hof om de eigen voorlopige voorzieningen als bindend aan te merken. Het EVRM biedt burgers een individueel klachtrecht. Het door het Hof zelf opgestelde huishoudelijk reglement geeft de President van het Hof de bevoegdheid om een voorlopige voorziening te treffen. In 1991 maakte het Hof in de zaak *Cruz Varas* uit dat het recht om een klacht in te dienen niet werd geschonden als een staat zich niet hield aan de voorlopige voorziening die strekte tot niet verwijdering van een asielzoeker zolang op diens klacht niet was beslist. Dat gebeurde met de kleinst mogelijke meerderheid (stemverhouding 10-9).¹⁴ In het *Mamatkulov*-arrest uit 2005 besliste de Grote Kamer van het Hof daarentegen met een ruime

6. EHRM 8 juli 2003, nr. 36022/97 (*Hatton e.a. t. Verenigd Koninkrijk*).

7. De margin of appreciation is voor het eerst door het Hof gebruikt in EHRM 7 december 1976, nr. 5493/72 (*Handyside t. Verenigd Koninkrijk*). Het Hof reageerde met de margin of appreciation op het argument dat een seksueel expliciet boek voor jongeren in sommige verdragsstaten wel en in andere niet als strijdig met de openbare orde was aangemerkt. Het Hof gaf aan dat dit onproblematisch was vanwege de margin of appreciation, en constateerde geen schending door het publicatieverbod in Engeland.

8. Baudet in Harchaoui & Jonkers (red): *Leve de rechtsstaat!*, Den Haag: Boom Lemma 2010, p. 65-79, op 74. In 'Dik of dun?', *Recht der Werkelijkheid* 2011, p. 74-79 schrijft Baudet dat de margin of appreciation wat hem betreft de kern van het debat over het Hof is.

9. Idem, p. 72.

10. Baudet, 79. Welke verdragsrechtelijke basis deze beperkte taakopvatting van het Hof zou kunnen hebben geeft Baudet niet aan.

11. *Kamerstukken II* 2010/11, 32 735, nr. 1, p. 24

12. *Kamerstukken II* 2011/12, 32 735, 32. Overigens noemt de regering deze twee punten onder de algemene noemer subsidiariteit, wat de mogelijkheid opent dat zij

meent dat dit ook voor asielzaken geldt.

Eerder meldt de regering dat art. 2 en 3 EVRM door het Hof zijn uitgezonderd van de margin of appreciation (t.a.p.), vanwege het fundamentele karakter van deze bepalingen. De regering laat dus ruimte voor invoering van een ex tunc-toetsing in asielzaken, en van marginale toetsing van de feitenvaststelling, beide in afwijking van vaste jurisprudentie van het Hof. Ook in zaken over art. 8 EVRM acht het Hof in sommige gevallen een ex nunc-beoordeling nodig, denk aan EHRM 23 juni 2008, nr. 1638/03 (*Maslov t. Oostenrijk*); EHRM 6 juli 2010, nr. 41615 (*Neulinger en Shuruk t. Zwitserland*); EHRM 20 september 2011, nr. 8000/08 (A.A. t. Verenigd Koninkrijk).

13. Marc Bossuyt, *Strasbourg et les demandeurs d'asile: des juges sur un terrain glissant*, Brussel: Bruylant 2010, p. 174-175. Een Engelstalige versie is verschenen als 'Judges on Thin Ice: The European Court of Human Rights and Asylum Seekers', in: *Inter-American and European Human Rights Journal* Vol. 3, nr. 1-2. 2010. Bossuyt's pleidooi is op dit punt overigens niet tot de tekst van het verdrag te herleiden. Mogelijk moet zijn betoog op dit punt worden opgevat als een suggestie om de bevoegdheid van het Hof middels een protocol te wijzigen.

14. EHRM 20 maart 1991, nr. 15576/89 (*Cruz Varas e.a. t. Zweden*).



meerderheid (14 tegen 3) dat, in asielzaken, het klachtrecht wel werd geschonden door verwijdering in weerwil van een voorlopige voorziening.¹⁵ De kern van de argumenten van het Hof was dat in asielzaken het recht om een klacht in te dienen niet effectief is als tot verwijdering kan worden overgegaan ondanks een voorlopige voorziening. Immers: als de asielzoeker na de verwijdering inderdaad gemarteld is, dan is datgene wat hij door de klacht trachtte te voorkomen al gebeurd en heeft de klacht geen zin meer.

Bossuyt vindt dat het Hof hiermee te ver is gegaan, omdat het zichzelf de bevoegdheid heeft aangemeten om niet alleen zichzelf te beslissen op individuele klachten, maar ook op verzoeken om voorlopige voorzieningen. Voor dat laatste bestaat geen expliciete verdragsrechtelijke grondslag. Bovendien stelt hij dat van het bindende karakter van de voorlopige voorzieningen aanzuigende werking uitgaat – het aantal klachten in asielzaken verklaart hij vooral uit de mogelijkheid een bindende voorlopige voorziening te krijgen (p. 107-113). Ook vindt Bossuyt dat het Hof zich in asielzaken te diepgravend met de feitenvaststelling bemoeit (p. 147-151). De Nederlandse regering heeft een technischere en beperktere opvatting. Zij beschouwt de mogelijkheid om bindende voorlopige voorzieningen te geven als vaststaand en bepleit dingen als versnelde behandeling van zaken waarin een voorlopige voorziening is gegeven, de mogelijkheid van tegenspraak door staten en de eis van een recente toestemmingsverklaring van de klager.¹⁶

Het Hof benadrukt dat het Verdrag een 'living instrument' is dat conform de maatstaven van de tijd moet worden uitgelegd

Dynamische interpretatie

Het Hof benadrukt dat het Verdrag een 'living instrument' is dat conform de maatstaven van de tijd moet worden uitgelegd. De interpretatie van het Verdrag zoals het Hof die geeft verandert dus zoals hierboven al bleek met betrekking tot voorlopige voorzieningen. Hoffmann kan ermee leven dat een begrip als wrede bestraffing nu ook lijfstraffen omvat, maar vindt het onaanvaardbaar dat het Hof geheel nieuwe concepten introduceert zoals bescherming van het milieu via art. 8 EVRM (p. 22). Dit argument wordt in Nederland terloops gehanteerd. Zo meldden Blok en Dijkhoff dat toepassing van het EVRM in vreemdelingenzaken onjuist is omdat Nederland in 1950 nog geen massale immigratie zou kennen.¹⁷

Gebrek aan democratie

Hoffmann hamert erop dat het Hof constitutionele legitimiteit ontbeert, omdat het de bevolking waarover het oordeelt, niet vertegenwoordigt. De rechters van San Marino, Monaco, Andorra en Liechtenstein hebben immers een even zware stem als de Russische rechter. De rechters worden aangesteld door een subcomité van de Parlementaire Assemblee van de Raad van Europa onder voorzitterschap van een Let (wat het, als ik Hoffmann goed begrijp, allemaal nog erger maakt)¹⁸ en de lidstaten hebben hun soevereiniteit nooit aan het Hof overgedragen (p. 23-24). Hoffmann bepleit toezicht op mensenrechten door de nationale rechter, die volgens hem meer democratische legitimiteit heeft.

Zwart verdedigt het voornemen van het VVD-PVV-CDA-kabinet om via resoluties en aanbevelingen van het Comité van Ministers van de Raad van Europa waar nodig tegengas te bieden aan het Hof. Dat is, verzekert hij, in het kader van de *checks and balances* helemaal in orde. Het Hof heeft meermalen naar zulke documenten verwezen. Zwart stelt zelfs dat 'zulke latere overeenstemming tussen de partijstaten over de inhoud van het verdrag dezelfde status (heeft) als een amendement'.¹⁹

De regering bepleit eveneens een grotere rol voor het Comité van Ministers, door bijvoorbeeld aanbevelingen en het geven van algemene politieke richtlijnen. Aardig is het te zien dat zij, na een halve pagina over een sterkere rol voor het Comité van Ministers (om bij te dragen aan 'een zo klein mogelijke afstand tussen het Hof en de politiek-maatschappelijke actualiteit in de lidstaten') aan welgeteld één zin genoeg heeft om te melden dat voor de Parlementaire Assemblee 'vanzelfsprekend ... een rol is weggelegd'.²⁰ Het Hof in contact brengen met de maatschappij gaat natuurlijk het best als men niet al te veel voor de voeten wordt gelopen door parlementariërs. Baudet geeft er en passant blijk van dat hij toezicht op grondrechten helemaal niet door de rechter wil laten plaatsvinden, maar door nationale parlementen. Hij vindt

dat mensenrechten de rechtsstaat ondermijnen en dat je niet tegelijkertijd voor de rechtsstaat en mensenrechten kan zijn (p. 65).²¹ Mensenrechten zijn altijd multi-interpretabil en de toepassing ervan vergt altijd een politieke keuze die kennelijk niet door de rechter gemaakt behoort te worden (p. 70). Blok en Dijkhoff stellen zich ook op dat standpunt.

De verdediging

De verdediging van het Hof is vaak professoraal.²² De kritiek is onwetenschappelijk, selectief en gebaseerd op een vertekend beeld.²³ Men geeft toe dat het met de *checks and balances* in de Raad van Europa niet goed gesteld is, maar daarmee houdt volgens de verdedigers het gelijk van de critici wel zo'n beetje op. Het belangrijkste argument dat zij naar voren brengen is dat de critici het concept mensenrechten verkeerd hebben begrepen.²⁴ Mensenrechten zijn de rechten van minderheden tegenover meerderheden. De kern is nu juist om de democratische meerderheid in bedwang te houden. Dat is bij uitstek iets voor de onafhankelijke rechter. Die rechter baseert zich bij de toe te passen normen op de uitkomsten van democratische besluitvorming, maar ontleent – aldus de verdediging – zijn meerwaarde aan het feit dat hij deze normen toepast onafhankelijk van de democratische meerderheid.

Gerards gaat in haar NJB-artikel als enige in op de dynamische interpretatie die het Hof aan het EVRM geeft. Zij geeft daarvoor een empirische verklaring. Doordat steeds meer maatschappelijke verschijnselen een grensoverschrijdend karakter hebben gekregen (zij noemt milieu, migratie, cybercrime, terreur en medische behandeling), zijn zij ook steeds meer onder het internationale recht gaan vallen. Goeddeels hebben staten dat zelf gewild en gebruiken zij internationaal recht als instrument om internationale problemen aan te pakken op het niveau waarop ze zich voordoen.

Ten slotte benadrukken Gerards, en in zekere zin ook Oomen, dat staten helemaal niet zo machteloos staan tegenover het Straatsburgse Hof als de critici beweren. Uitspraken van het Hof werken niet *erga omnes*. Uitspraken van het Hof ten nadele van staten zijn meestal beperkt tot



de constatering dat sprake is van een schending; de manier waarop aan zo'n uitspraak gevolg wordt gegeven, is geheel aan de betreffende verdragspartij. Staten kunnen na een onwelgevallige uitspraak best hun poot stijf houden en met een kwestie, met verwijzing naar hun eigen constitutionele beginselen, een andere weg inslaan dan het Hof wil. Duitsland, en tot op zekere hoogte het Verenigd Koninkrijk,

15. EHRM (Grote Kamer) 4 februari 2005, nr. 46827/99 en 46951/99 (*Mamatkulov en Askarov t. Turkije*). De Kamer had in het arrest van 6 februari 2003 met een 6-1 stemverhouding dezelfde conclusie getrokken.

16. *Kamerstukken II* 2011/12, 32 735, nr. 32, p. 4-5.

17. Blok & Dijkhoff, *de Volkskrant* 7 april 2011. De feitelijke juistheid van hun veronderstelling is overigens betwistbaar. Zie over de omvangrijke migratie vanuit Nederlandsch Indië/Indonesië naar Nederland rond 1950 onder meer Guno Jones, *Tussen Onderdanen, Rijksgenoten en Nederlanders. Nederlandse politici over burgers uit Oost & West en Nederland 1945-2004*, Amsterdam: Rozenberg 2007. Bovendien gaf de Nederlandse rechter in een geruchtmakende serie uitspraken op grond van het

recht op leven een recht op immigratie aan 12 500 Molukkers, zodat het verband tussen grondrechten en migratie niet onbekend kon zijn, zie Rb. 's-Gravenhage 21 december 1950, *NJ* 1951/70. Het arrest van het hof van 22 januari 1951 is niet gepubliceerd, maar wordt uitgebreid geciteerd in het arrest van de Hoge Raad, HR 2 maart 1951, *NJ* 1951/217; zie hierover nader mijn 'Freedom and Constraint in Adjudication. Dutch courts on aliens law 1945-1967', in: *Migratierecht en rechtssociologie* (liber amicorum Kees Groenendijk), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 345-354.

18. De regering zet in op meer waarborgen in de benoemingsprocedure, *Kamerstukken II* 2011/12, 32 735, nr. 32, p. 7.

19. *NJB* 2011/343, afl. 7, p. 415. Deze impliciete verwijzing naar art. 31 lid 3

Weens Verdragenverdrag is uit juridisch-technisch oogpunt een *overstatement*, omdat protocollen bij het EVRM die status hebben, en resoluties en aanbevelingen niet. Maar dit raakt de kern van Zwarts pleidooi voor tegengas van het Comité van Ministers niet.

20. *Kamerstukken II* 2011/12, 32 735, nr. 32, p. 7.

21. Overigens lijkt Baudet de woorden rechtsstaat en democratie hier door elkaar te gebruiken. Hij onderbouwt dat mensenrechten problematisch zijn vanuit democratisch perspectief en geeft aan de term rechtsstaat geen zelfstandige betekenis.

22. Soms op het karikaturale af. Bij het stuk van Peters & Kapper (*NRC Handelsblad* 15 november 2010) wordt vermeld dat Baudet bij Peters is afgestudeerd. Volgens een

verslag van Maarten Huygen (*NRC Handelsblad* 14 december 2010) was Rick Lawson van mening dat Baudets promotor het opiniestuk van Baudet in de NRC niet had mogen laten passeren. Janneke Gerards verwijst Thierry Baudet met hondenfluitaar Cesar Millan en vindt Baudet eveneens 'een opvallende figuur (...) die een intuïtief aantrekkelijke theorie verkondigt (...) ook al is die theorie bewezen onjuist'. Janneke Gerards, 'De waarde van een Europees mensenrechtenhof', *Recht der Werkelijkheid* 2011, p. 65.

23. Gerards, *NJB* 2011/518, afl. 10, p. 608.

24. Zie met name Hirsch Ballin, *NJB* 2011/29, afl. 2, p. 71, Peters en Kapper, *NRC Handelsblad* 15 november 2010.

doen dat ook.²⁵ Als Nederland meer werk zou maken van rechterlijke toetsing aan nationale grondrechten, dan zou Nederland in een betere positie zijn om zich met vergelijkbare argumenten tegen het Hof te weer te stellen.

Op de *margin of appreciation* gaat de verdediging niet in, of het moest zijn door de algemeen ingenomen stelling dat er natuurlijk best arresten van het Hof zijn waarmee men het oneens kan zijn. De kritiek van Bossuyt op de manier waarop het Hof van zijn bevoegdheden gebruikmaakt, is vooral een asielrechtelijke discussie die voor de betrokken auteurs te ver van hun bed is.

Staten kunnen na een onwelgevallige uitspraak best hun poot stijf houden

De oratie van Gerards

In haar Nijmeegse oratie kiest Gerards voor een veel offensiëvere opstelling.²⁶ Dat komt onder andere doordat zij niet alleen reageert op kritiek, maar zich baseert op een eigen analyse. Ik rangschik Gerards onder de verdedigers en niet onder de critici, omdat zij met een veel uitgewerkter voorstel komt voor een nieuwe benadering – reden waarom ik haar oratie hier apart behandel. Het Hof zou de door haar geschetste benadering kunnen gebruiken om zijn positie te verstevigen. Zij meent dat de bijzondere waarborgen rondom grondrechten alleen verdedigbaar zijn als het gaat om een duidelijk af te bakenen categorie. Doordat het Hof telkens met kleine stapjes het bereik van grondrechten uitbreidt, ontbreekt een heldere afbakening echter. Bovendien: doordat het Hof zaken aan zich trekt die steeds minder duidelijk over grondrechten gaan, moet het ook steeds vaker vragen beantwoorden waarvan het antwoord niet duidelijk tot het EVRM zelf valt terug te voeren. Zij bepleit daarom dat het Hof zich beperkt tot een achtervangrol, en tot het bewaken van een minimumniveau (p. 11-12).

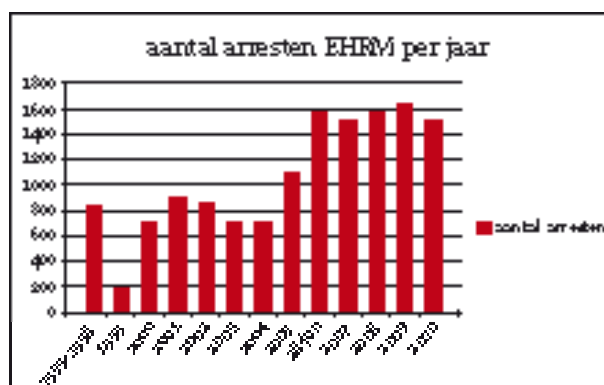
Gerards bepleit een krachtig Hof dat zich beperkt tot zijn kerntaken. Zij komt met een drietrapsraket. Ten eerste de afbakening: het Hof moet zich primair afvragen of het recht dat op het spel staat wel een door het EVRM gegarandeerd recht is. Als duidelijk is dat het om de kern van een bepaald grondrecht gaat, valt de zaak zeker binnen het bereik van het Hof. Als het zaken betreft die alleen maar iets met grondrechten te maken hebben, gaat het duidelijk niet om een zaak voor het Hof. De moeilijkheden worden zo beperkt tot de tussencategorie: zaken die duidelijk om de uitoefening van een grondrecht gaan, maar niet tot de kern gerekend kunnen worden (p. 19-20). In zaken die het 's Hof's pakkie-an zijn, moet vervolgens worden beoordeeld of het geschil op nationaal niveau zorgvuldig is beoordeeld en of de nationale rechtsbescherming voldoende substantie heeft gehad. Als dat zo is, dient het Hof in beginsel de klacht af te wijzen zonder zich de vraag te stellen of het zelf een identieke beoordeling had gemaakt. Als het Hof meent dat op nationaal niveau de beoordeling niet zorgvuldig is geweest, beoordeelt het de klacht zelf (p. 21-23).

Op deze manier oordeelt het Hof alleen over zaken die ertoe doen, die een duidelijk verband hebben met de tekst van het EVRM en alleen in gevallen waarin de betreffende staat het er bij heeft laten zitten. De aanpak van

Gerards verlost ons van moeilijk te hanteren noties als de *margin of appreciation* en het onderscheid tussen negatieve en positieve verplichtingen. Waar Gerards geen helderheid over verschaft, is hoe het volgens haar mogelijk zal zijn om op een a-politieke, niet waardegeladen, niet door de gewenste uitkomst gestuurde wijze te beslissen over de door haar voorgestelde afbakening en over de zorgvuldigheid van de nationale beoordeling.

Waarom nu?

Een eerste vraag die opkomt, is waarom de kritiek op het Europese Hof voor de Rechten van de Mens juist nu losbarst. Staten hebben al decennia last van het Hof – ze mogen homoseksualiteit niet meer strafbaar stellen,²⁷ ze moeten een einde maken aan seksdiscriminatie,²⁸ het loopt landen voor de voeten bij terreurbestrijding.²⁹ Er is op het eerste gezicht weinig aanleiding voor de veronderstelling dat het Hof ze tegenwoordig bruiner bakt dan vroeger; geen enkele criticus voert dat dan ook aan. Maar zelfs een vluchtige blik op de onderstaande tabel laat zien dat er wel veel meer klachten bij het Hof worden ingediend. Dat leidt tot een veel groter aantal arresten – sinds 2006 zo'n 1500 per jaar.³⁰ Lang niet al deze arresten zijn veroordelingen, maar als we ervan uitgaan dat het percentage veroordelende arresten ongeveer gelijk is gebleven, dan hebben staten wel veel vaker last van het Hof dan voorheen. Dat is een eerste, heel simpele verklaring voor de *timing* van de kritiek.



Bron: The European Court of Human Rights in Facts and Figures, Council of Europe, Strasbourg 2011, p. 8.

Een tweede verklaring gaat over de politieke context waarin het Hof opereert. Opmerkelijk is dat degenen die meer ruimte willen voor de nationale staat kritiek hebben op het Hof, terwijl mensenrechtelijk georiënteerde *liberals* het Hof in bescherming nemen. Dat zou natuurlijk ook andersom kunnen zijn. Het had best gekund dat de *liberals*, in hun verlangen naar voortschrijdende bescherming van mensenrechten, telkens nieuwe golven van kritiek op het Hof loslieten teneinde het Hof tot verdergaande bescherming van mensenrechten te bewegen. De statelijk georiënteerden zouden het Hof dan tegen die kritiek in bescherming nemen, met als idee dat de status quo nog wel te doen is, maar dat verdere afkalving van overheidsbevoegdheden moet worden voorkomen. Maar zo is het dus niet. Het zijn de *liberals* die de status quo verdedigen en rechts³¹ eist op hoge toon verandering. Het lijkt me dat dat – zeker in de Nederlandse context – een

De aanpak van Gerards verlost ons van moeilijk te hanteren noties als de *margin of appreciation* en het onderscheid tussen negatieve en positieve verplichtingen

weerspiegeling is van de gewijzigde politieke verhoudingen. De VVD is de grootste partij en heeft rechts van zich een partij met nog eens 24 zetels in de Tweede Kamer. Van het CDA valt weinig weerwerk te verwachten omdat die partij is leeggelopen in de richting van de PVV. Het ligt voor de hand dat VVD en PVV proberen om juist nu hun democratische macht te verzilveren. Op een aantal punten stuiten zij op – nationale of internationale – rechters. Daarbij gaat het niet alleen om een restrictief migratiebeleid, maar ook om bijvoorbeeld milieu en ruimtelijke ordening. Zij willen niet door de rechter voor de voeten gelopen worden bij het aanleggen van vliegvelden en het sluiten van grenzen. Rechters zijn relatief afgeschermd van de invloed van politieke meerderheden en waar het om rechterlijk toezicht op de handhaving van mensenrechten gaat raakt die afgeschermd status de kern van hun taak. Bescherming van minderheden tegen meerderheden maakt immers de kern van mensenrechten uit. Daarom zijn ze zeer abstract van aard (ze moeten niet door hun formulering een bepaalde minderheid meer beschermen dan een andere) en daarom wordt op naleving toegezien niet door het parlement (waar de meerderheid immers regeert), maar door de rechter. En daarom zijn ze niet eenvoudig te veranderen. Politieke minderheden zullen geneigd zijn om de rechter te benaderen voor door hen gewenste veranderingen (denk aan decriminalisering van homoseksualiteit via het Europese Hof voor de Rechten van de Mens, en aan het recht op abortus of het einde van de apartheid in de Verenigde Staten) of om veranderingen die de politieke meerderheid doorvoert te blokkeren (denk aan migratierecht, maar ook aan het Harmonisatiewet arrest, waar de poging mislukte).³² Tot voor kort maakten in de Nederlandse politiek drie partijen de dienst uit, die alle drie elk moment deel konden gaan uitmaken van de politieke meerderheid. Omdat zij elk moment in de regering konden komen, waren zij geneigd om hun kans af te wachten. Ze wilden te zijner tijd hun democratische meerderheidspositie gebruiken en lieten de weg naar de rechter over aan groepen die weinig of geen kans hadden in de regering te komen. De omslag kan mijns inziens verklaard worden doordat de natuurlijke regeringspartijen in het politieke midden, die lang twee derde van de zetels in de Kamer hadden, zijn ver-

schrompeld. Partijen op de flanken groeien. Zij zijn niet georiënteerd op stabiliteit, maar op verandering. Zij denken niet dat ze elk moment in de regering kunnen komen. Als ze in de regering zitten, willen ze een flinke ruk aan het roer geven. Met zijn democratische legitimatie probeert rechts nu de rechter beducht te maken voor het nemen van onwelgevallige beslissingen. Mensen met centrum of linkse politieke voorkeuren nemen de rechter in bescherming in een poging een ruk naar rechts te voorkomen. Zij ontkennen dat de rechters aan politiek doen. Ze vinden dat dat zo moet blijven en daarom vinden ze het kwalijk dat rechts de rechterlijke macht politiseert. Je zou zelfs, geïnspireerd door het werk van Ran Hirschl, kunnen verwachten dat het oude midden zal proberen meer bevoegdheden over te hevelen naar de rechterlijke macht, in de veronderstelling dat die hoofdzakelijk bestaat uit gematigden zoals zichzelf. Daardoor zou de status quo beter beschermd zijn tegen ingrijpende veranderingen die nu van rechts lijken te komen maar over een paar jaar, als het electoraat een andere kant opzweept, van links kunnen komen.³³ Het lot van het wetsvoorstel Halsema over (overigens beperkte) constitutionele toetsing is in dit verband interessant.

De twee mogelijke verklaringen voor de *timing* van de kritiek die ik hier noem sluiten elkaar niet uit en ze zijn ook niet uitputtend. Bovendien is de tweede verklaring op Nederland meer van toepassing dan op het Verenigd Koninkrijk. De kritiek op, en het debat over, het Hof is voor zover ik kan zien vaak erg nationaal gekleurd. Bossuyt en Gerards zijn de enigen die, ondanks hun tot België resp. Nederland te herleiden startpositie, een breder debat voeren. Maar zelfs voor hen geldt: het debat dat ongetwijfeld in landen als Turkije en Rusland woedt, valt buiten hun blikveld. Het gaat op zijn best om een West-Europees debat.

Waarom Straatsburg?

Het is opvallend dat de critici zich op het Europese Hof voor de Rechten van de Mens storten en niet op het Hof van Justitie van de Europese Unie. De arresten van het Hof van Justitie grijpen veel dieper in omdat ze niet over individuele gevallen gaan, maar over rechtsvragen. Staten hebben van Luxemburgse uitspraken daardoor veel meer last dan van Straatsburgse uitspraken. En ook dat Hof doet

25. Uit onder meer EHRM 11 oktober 2011, nr. 5056/10 (*Emre t. Zwitserland No 2*) kan overigens worden opgemaakt dat het Hof grenzen stelt aan dit soort weerwerk.

26. Janneke Gerards, *Het prisma van de grondrechten* (oratie Nijmegen), Nijmegen: Radboud Universiteit 2011.

27. EHRM 22 oktober 1981, nr. 7525/76 (*Dudgeon t. Verenigd Koninkrijk*), EHRM 26 oktober 1988, nr. 10581/83 (*Norris t. Ierland*), EHRM 22 april 1993, nr. 15070/89

(*Modinos t. Cyprus*).

28. Onder meer EHRM 28 mei 1985, nr. 9214/80, 9473/81 en 9474/81 (*Abdulaziz, Cabales en Balkandali t. Verenigd Koninkrijk*).

29. EHRM 15 november 1996, nr. 22414/93 (*Chahal t. Verenigd Koninkrijk*); EHRM 27 september 1995, nr. 18984/91 (*McCann e.a. t. Verenigd Koninkrijk*); EHRM 19 februari 2009, nr. 3455/05 (*A. e.a. t. Verenigd Koninkrijk*).

30. *The European Court of Human Rights in Facts and Figures*, Council of Europe, Strasbourg 2011, p. 8.

31. Zwart is blijens zijn bijdrage aan *NRC Handelsblad* van 17 januari 2011 lid van het curatorium van de aan de VVD verbonden Telderstichting en neemt een standpunt in dat aansluit bij dat van zijn partijgenoten Blok, Dijkhoff en Rosenthal. Zijn politieke affiliatie wordt evenwel niet vermeld in het NUB-artikel, waarin hij dat eveneens doet.

32. Het idee dat minderheden de rechter benaderen, en meerderheden hun democratische positie uitbaten is uitgewerkt in Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication*, Cambridge: Harvard University Press 2007.

33. Deze veronderstelling is geopperd door Ran Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge: Harvard University Press 2004.

omstreden uitspraken – over gezinshereniging, Europees burgerschap en het verblijfsrecht van Turken, om me maar te beperken tot mijn eigen vakgebied. Ook dat Hof houdt zich niet altijd aan de letterlijke tekst van de te interpreteren bepalingen en maakt regelmatig gebruik van teleologische interpretaties. Waarom is dat Hof niet verpolitiekt, een bedreiging voor de democratie en wat niet al? Ik kan drie redenen bedenken waarom de kritiek zich op Straatsburg richt en niet op Luxemburg.

Ten eerste: Lord Hoffmann gebruikt het Hof van Justitie als contrast. Hij stelt: het Hof van Justitie heeft, anders dan het Europese Hof voor de Rechten van de Mens, als taak om uniforme interpretaties te geven en daarom kunnen we het dat Hof niet kwalijk nemen dat het dat doet. We kunnen het misschien met dat Hof oneens zijn, maar Hoffmanns kritiek op het Europese Hof voor de Rechten van de Mens gaat veel verder: dat Hof bemoeit zich met dingen waar het zich helemaal niet over mag uitlaten. Omdat de kritiek sterk door Hoffmann geïnspireerd is, nemen andere critici zijn focus op Straatsburg over.

Ten tweede: het Europese Hof voor de Rechten van de Mens ‘voelt’ meer *out of control*. Het Europese recht kan geamendeerd worden en dat gebeurt ook de hele tijd. Staten hebben daardoor het idee dat zij het Hof van Justitie kunnen bijsturen: als een uitspraak ons niet bevalt, veranderen we gewoon de regel. Weliswaar valt dat in de praktijk tegen (omdat het veranderen van de regel niet eenvoudig is en het Hof niet erg volgbaar), maar het is in ieder geval anders dan bij het Straatsburgse Hof. Het EVRM is sinds 1950 wel gewijzigd, maar inhoudelijk alleen in uitbreidende zin. Bovendien: het EVRM bevat heel algemeen geformuleerde bepalingen, zodat amendement op een specifiek punt heel lastig is.

Ten derde: wie meeding in de eerder geopperde gedachte dat de kritiek op het Hof van de rechterkant van het politieke spectrum komt, zal op het idee komen dat mensenrechten (en daarmee Straatsburg) als linkse hobby beschouwd kunnen worden – althans in de expansieve versie die aan het Europese Hof voor de Rechten van de Mens wordt toegeschreven.³⁴ De Europese Unie daarentegen is sterk verbonden met een neoliberale variant van de vrije markt – een rechtse hobby. De focus op Straatsburg zou dus beschouwd kunnen worden als een blijk van het rechtse karakter van de kritiek.

Of deze verklaringen hout snijden weet ik niet, en ik geef ze voor betere. Ik wil vooral opmerken dat de kritiek op het Europese Hof voor de Rechten van de Mens deels ook op het Hof van Justitie losgelaten zou kunnen worden (denk aan de dynamische interpretatie, het democratieprobleem), zodat het verklaring behoeft dat dat niet gebeurt.

Recht en verandering

Op hun priemendst worden de critici als zij betogen dat het Hof dingen in het EVRM leest die de opstellers er nooit mee bedoeld kunnen hebben. Zij vinden dat het Hof niet zelf mag bedenken hoe de ongewijzigde norm op de veranderende werkelijkheid moet worden toegepast. Ik wil erop wijzen hoe beweeglijk en veranderlijk deze argumenten zelf zijn. De critici vinden dat iets wat niet in het verdrag genoemd wordt, en ook niet bedoeld kan zijn omdat de werkelijkheid in 1950 heel anders in elkaar zat, niet onder het EVRM gebracht kan worden. Hoffmann is

– zoals steeds – het scherpst. Vliegvelden en mensenrechten hebben niets met elkaar te maken, vindt Hoffmann; het Hof doet alsof dat wel zo is. Tegelijkertijd kan hij zich goed indenken dat de norm over wat een wrede bestrafing is sinds 1950, is veranderd; hiermee billijkt hij het arrest van het Hof waarin deze het opleggen van strafrechtelijke lijfstraffen beëindigde.³⁵ Waarom vindt hij op het ene punt de rechtsontwikkeling fundamenteel onjuist, maar vindt hij het op het andere punt wel goed dat een internationale rechter een einde maakt aan een praktijk die breed gedragen werd door de nationale publieke opinie? Moeten we ervan uitgaan dat de vrijheid van meningsuiting op internet niet bestaat, omdat dat in 1950 nog niet bestond en de opstellers er dus niet aan gedacht kunnen hebben? En vinden de critici van het Hof ook dat het Hof het Verenigd Koninkrijk, Ierland en Cyprus niet mocht dwingen om homoseksualiteit te decriminaliseren, zoals het deed in de arresten *Dudgeon*, *Norris* en *Modinos*, omdat strafbaarstelling van homoseksualiteit in 1950 juist heel netjes was? Vinden ze dat de internationale rechters en de nationale rechters die internationaal recht toepasten fout zaten toen ze Nederland gelijke behandeling van mannen en vrouwen in de sociale zekerheid opdrongen? Kortom: het argument dat rechters stil moeten blijven staan totdat de wetgever (of de verdragenmaker) een nieuwe norm heeft geformuleerd, is geen principieel argument, maar een argument dat selectief van stal wordt gehaald als de uitkomst niet bevalt.

Met zijn democratische legitimatie probeert rechts nu de rechter beducht te maken voor het nemen van onwelgevallige beslissingen

Dat geldt evenzeer voor de omgekeerde stelling: recht moet meebewegen met een veranderende werkelijkheid. Gerards waagt zich in haar NJB-stuk niet aan een bespreking van concrete arresten van het Hof. Ze erkent dat er over individuele arresten natuurlijk best discussie mogelijk is, maar neemt de dynamische interpretatie in bescherming. Echter: veel mensen die de dynamische interpretatie van het Hof prachtig vinden, zouden het een heel slecht idee vinden als het Hof zou mee-evolueren met de nieuwe veiligheidssituatie na 11 september 2001. Het Hof vindt nog steeds dat het uitzettingsverbod van art. 3 EVRM absoluut is, zodat ook terroristen er een beroep op kunnen doen.³⁶ Het Hof past aloude jurisprudentie over geheim bewijs toe ten gunste van mensen van wie ook het Hof zelf denkt dat het terroristen in spe zijn.³⁷ Daar is het Hof weinig dynamisch en meer een rots in de branding. Ik vermoed dat de aanhangers van een dynamische interpretatie het prima vinden als het Hof het hier wat minder over een *living instrument* heeft en voet bij stuk houdt.

Kortom: het is niet zo dat sommigen vinden dat het Hof zich altijd aan de bedoelingen van de opstellers van het EVRM moet houden, terwijl anderen vinden dat het Hof altijd moet meebewegen met de werkelijkheid. Iedereen

vindt dat het Hof soms moet meebewegen en soms niet. Er is wel een vaste tegenstelling (tekst verdrag en bedoeling opstellers *versus* bij de tijd blijven), maar partijen in een debat (zoals nu over het Hof) wisselen van positie al naar gelang dat hen uit komt.³⁸ Ze kunnen ook moeilijk anders omdat het tot absurde uitkomsten zou leiden als je altijd vol zou houden dat het Hof niet verder mag gaan dat wat in 1950 is vastgelegd en bedoeld kan zijn. En wie doet alsof het Hof altijd maar dynamisch moet zijn, gooit eigenlijk het verdrag het raam uit en zal nooit kunnen beweren dat het Hof voet bij stuk moet houden. De vraag is dus niet: dynamisch of niet, maar: wanneer dynamisch en wanneer niet. En dat is uiteindelijk een kwestie van inhoudelijke voorkeur.

Subsidiariteit

We zagen al: alle critici verwijten het Hof dat het zich te indringend bemoeit met de situatie in de verdragsstaten. Het Hof bemoeit zich met detailkwesties, stelt zelf feiten vast, vervangt de belangenafweging die staten hebben gemaakt door een eigen afweging. De Nederlandse regering maakt ook veel werk van subsidiariteit. Het subsidiaire karakter van verdrag en Hof wordt onderstreept. Het Hof kan pas benaderd worden als de nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput; het Hof gunt verdragsstaten een *margin of appreciation*, die breed wordt uitgemeten. De regering onderkent dat het beginsel van subsidiariteit betekent dat grondrechten op nationaal niveau afdoende worden beschermd, om daar snel aan toe te voegen 'dat in de Nederlandse rechtsorde wordt voldaan aan deze verplichting'.³⁹ Met het College voor de Rechten van de Mens wordt dit nog mooier. Het Hof daarentegen krijgt huiswerk mee: het 'moet waakzaam blijven' om de subsidiaire rol die het Hof eigen is 'volledig tot zijn recht te laten komen.' Er moeten in beginsel geen feiten worden meegenomen die dateren van na de nationale procedure. Het moet de nationale waardering van feiten en nationale belangenafwegingen respecteren, tenzij die kennelijk onredelijk is. De regering 'zal deze boodschap blijven uitdragen richting Hof'.⁴⁰ Ook kan het Hof de ontvankelijkheidsvoorwaarden strikter toepassen en de regering is er voor dat het Hof de *de minimis*-regel (op grond waarvan bagatelzaken eenvoudig niet-ontvankelijk verklaard kunnen worden) verder ontwikkelt 'dan tot op de dag vandaag is gebeurd'.⁴¹ Subsidiariteit lijkt zo een overheidsvriendelijk concept. Maar ook dat kan tegenvallen. Immers, bijvoorbeeld in vreemdelingenzaken is de rechterlijke beoordeling door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens aanmerkelijk indringender dan die door de Nederlandse rechter. Dat is niet het geval omdat Straatsburg strenger is gaan toetsen, maar omdat de Nederlandse rechter zijn toetsing sinds

Iedereen vindt dat het Hof soms moet meebewegen en soms niet

2001 heeft ingeperkt. Die inperking is niet terug te voeren tot de invoering van de Vreemdelingenwet 2000, maar vloeit voort uit de eigen keuze die de bij die wet bevoegd gemaakte hogerberoepsrechter, de Afdeling bestuursrecht-spraak van de Raad van State, gemaakt heeft.⁴² Een paar voorbeelden. De Nederlandse rechter toetst sinds 2001 marginaal het oordeel van het bestuur over de feiten waarvan in asielzaken moet worden uitgegaan, waar het Hof dat vanouds zelf beoordeelt. De Nederlandse rechter hanteert een *ex tunc*-toetsing die in vergelijking met andere Europese landen zeer rigide is,⁴³ waar het Hof in asielzaken en in bepaalde gezinsherenigingszaken sinds jaar en dag een *ex nunc*-oordeel vergt. De Nederlandse rechterlijke toetsing van vreemdelingenbewaring is zo vormgegeven dat de rechtmatigheid van de staandehouding, of van de uitzetting, daarbij in de praktijk meestal geen enkele rol kan spelen, terwijl het Hof in *habeas corpus*-zaken van zulke formalismen weinig wil weten.

Een voorbeeld kan illustreren hoe beperkt de Nederlandse rechterlijke toetsing is. In 2008 vroeg een man die zelf dacht de Eritrese nationaliteit te hebben om asiel. Op grond van een ambtsbericht van het Ministerie van Buitenlandse Zaken meent de IND evenwel dat hij bij de afscheiding van Eritrea de Ethiopische nationaliteit heeft gekregen. Hij is dat, na kennisgeving van het ambtsbericht, met de IND eens. Maar omdat volgens de IND zijn nationaliteit niet vaststaat, staat zijn identiteit niet vast. Op die enkele grond wordt zijn asiolverzoek afgewezen. De beschikking van 18 september 2008 besteedt geen enkele aandacht aan de asielmotieven van de man – letterlijk *geen woord*. Die motieven komen er in het kort op neer dat hij homoseksueel is en om die reden is mishandeld, gearresteerd en gemarteld. De rechtbank is het echter met de IND eens en verworpt het beroep omdat de man zijn nationaliteit en daarmee zijn identiteit niet aannemelijk heeft gemaakt.⁴⁴ Het hoger beroep van de man wordt door de Afdeling ongemotiveerd (dat wil zeggen met toepassing van art. 91 lid 2 VW 2000) verworpen.⁴⁵ Deze zaak is niet uitzonderlijk. Deze asielzoeker diende evenwel een klacht in bij het Europese Hof voor de Rechten van de Mens en kreeg voordat er enige verdere proceshandeling was verricht asiel. De Nederlandse ambtenaar die Straatsburgse zaken behandelt was de eerste die inhoudelijk naar de zaak keek en de daarbij horende conclusie trok.

Subsidiariteit is derhalve geen eenduidig beginsel.

34. Het is natuurlijk maar de vraag of dat beeld klopt – denk aan Wilders die met succes een beroep deed op de vrijheid van meningsuiting om toegang tot het Verenigd Koninkrijk te krijgen (*Asylum and Immigration Appeal Tribunal* 12 oktober 2009, UKAIT 00050, *JV* 2010/59); en dezelfde Wilders die toen het op zijn eigen strafzaak aankwam een brede opvatting van de rechten van de verdachte aan de dag legde.

35. EHRM 25 april 1978, nr. 5856/72 (*Tyrer t. Verenigd Koninkrijk*).

36. EHRM 28 februari 2008, nr. 37201/06 (*Saadi t. Italië*).

37. EHRM 19 februari 2009, nr. 3455/05 (*A. e.a. t. Verenigd Koninkrijk*).

38. Vgl. Kennedy 1997, 137-156.

39. *Kamerstukken II* 2011/12, 32 735, nr. 32, p. 3.

40. T.a.p.

41. *Kamerstukken II* 2011-2012, 32 735, nr. 32, p. 4.

42. Zie uitgebreid mijn *Het hoger beroep in vreemdelingenzaken*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002. Ik hoop eind dit jaar de resultaten van een hernieuwd onderzoek naar de vreemdelingenrechtelijke jurisprudentie van de Raad van State te publiceren.

43. Dit valt op te maken uit de manier waarop wordt omgegaan met pas in een later

stadium gedane mededelingen dat een asielzoeker homoseksueel is, zie Sabine Jansen & Thomas Spijkerboer, *Fleeing Homophobia. Asylum claims related to sexual orientation and gender identity in Europe*, Amsterdam: COC/Vrije Universiteit 2011, p. 65-70.

44. Rb. 's-Gravenhage zp 's-Hertogenbosch 11 augustus 2009, AWB 08/36832.

45. ABRvS 8 februari 2010, nr. 200907160/1/V1.

Subsidiariteit lijkt een overheidsvriendelijk concept. Maar ook dat kan tegenvallen

Het kan gebruikt worden om te betogen dat het Hof terug in zijn hok moet. Maar het kan met evenveel kracht gebruikt worden om te betogen dat de nationale rechter indringender moet toetsen. Met het subsidiariteitsbeginsel in de hand is duidelijk dat het gat tussen de Straatsburgse en de Nederlandse rechterlijke beoordeling in vreemdelingenzaken kleiner moet. Maar of Straatsburg daarvoor moet zorgen, of de Kneuterdijk, vloeit uit dat beginsel niet voort. Wat je daarvan vindt, hangt noodzakelijkerwijze af van je eigen opvattingen.

Conclusie

Mensenrechten fungeren als morele waarden maar tegelijkertijd ook als rechtsregels.⁴⁶ Critici stellen dat ze als abstracte waarden universeel zijn, maar dat ze hun neutraliteit verliezen zodra ze concreet moeten worden toegepast. Daarom zijn ze ongeschikt als rechtsregels. Maar ze durven niet consequent te zijn door te stellen dat mensenrechten geen recht kunnen zijn. Hoffmann wil dat de sprong van abstracte norm naar concrete toepassing door de nationale rechter wordt gemaakt en vindt het kennelijk geen probleem dat zich op nationaal niveau hetzelfde probleem voordoet. Bossuyt wil dat Straatsburg niet individuele zaken maar nationale wetgeving en jurisprudentie beoordeelt op verenigbaarheid met het EVRM. Dat dat tot een veel beperktere zaakslast leidt dan nu is helder; of het tot minder politieke arresten leidt, valt te betwijfelen. Alle critici hebben als subsidiair standpunt dat de *margin of appreciation* ruimer wordt getrokken en dat is ook het hoofdpunt van de Nederlandse regering.

De verdedigers zijn vooral defensief. Zij kunnen goed leven met de tweeslachtigheid van mensenrechten als abstracte waarde en als juridische norm, omdat dit ruimte laat voor weerwerk tegen de democratische meerderheid waarvan zij niet enkel goeds verwachten. De verdedigers zijn gericht op behoud van de huidige stand van zaken, zowel qua uitkomst (waar het gaat om de concrete inhoud van rechtsregels) als qua procedure (waar het gaat om de positie van het Hof), omdat zij er – als we de eerder genoemde Ran Hirschl volgen – kennelijk van uitgaan dat de rechters waaruit het Hof bestaat de door hen gewenste situatie beter waarborgen dan het parlement. Gerards' oratie beschouw ik als een *smart* variant van deze positie. Zij bepleit dat het Hof wat marginalia prijsgeeft, zodat het in de kern zijn positie kan behouden. De verdedigers ontkennen het fundamenteel politieke karakter van de rechtspraak van het Hof. Door deze manier van verdedigen wordt het draagvlak voor het Hof wankel, omdat het geïdentificeerd wordt met het onder de voet gelopen politieke midden. Zelf onderschrijf ik de analyse van de critici tot op zekere hoogte. De rechtspraak van het Hof is noodzakelijkerwijze politiek van aard. Mijn bezwaar is dat de critici, met al hun kritiek op verpolitiekte rechtspraak, doen alsof er wel een juiste, objectieve manier is om mensenrechten toe te

passen – namelijk door de overheid, middels een beperktere rol van de rechter, meer de vrije hand te geven. Maar als het Hof de critici zou volgen en een minimalistische visie op zijn eigen rol aan de dag zou leggen (of als we rechterlijke toetsing aan mensenrechten simpelweg zouden afschaffen), zou dat een niet minder politieke keuze behelzen dan zijn huidige koers. Immers, het directe gevolg zou zijn dat de positie van individuen tegenover de staat zwakker wordt. Minder bescherming van individuele burgers tegen de overheid – je kunt er best voor zijn, maar dat als neutraal voorstellen is evenzeer een kunstgreep als die van de verdedigers van het Hof. Ik meen dat de rechtspraak van het Hof niet anders dan politiek kan zijn. We kunnen het Hof niet verwijten *dat* het aan politiek doet, maar we kunnen natuurlijk wel vinden dat het Hof *verkeerde* politieke uitgangspunten gebruikt.⁴⁷

Ik bepleit om de in het EVRM neergelegde normen harts-tochtelijk te onderschrijven, onder ogen te zien dat deze zonder rechterlijk toezicht te vaak het onderspit zouden delven en dat zowel de geschiedenis als de actualiteit (Rusland, Turkije) laten zien dat dat toezicht ook internationaal moet zijn. Het Hof als instituut verdient alle steun, los van de inhoud en strekking van zijn arresten. Maar laten we ook voluit onderkennen dat toepassing van mensenrechten sterk waardegeladen is en ook niet anders kan zijn, zoals ik heb betoogd aan de hand van de dynamische interpretatie en subsidiariteit. Laten we vervolgens met verve in debat gaan over de arresten van het Hof. Marie-Bénédicte Dembour heeft laten zien dat mensenrechten de legitieme uitdrukking kunnen zijn van uiteenlopende ideeën. Sommige mensenrechtenadepten menen dat mensenrechten voorafgaan aan hun positivering en nemen dus een natuurrechtelijke positie in, terwijl anderen denken dat mensenrechten bestaan doordat we ze zo noemen (een constructivistische, positivistische positie). Een ander doorlopend debat gaat over de vraag of mensenrechten het meest bevorderd worden als de staat zich onthoudt van handelen (liberalen), of dat mensenrechten steeds substantieel overheidshandelen vereist (sociaal-democraten).⁴⁸ Dat zijn waardevolle debatten waarin fundamentele verschillen van inzicht aan de orde kunnen zijn, maar die telkens laten zien hoe cruciaal de notie van fundamentele mensenrechten is.

Politiek links en midden moeten evenzeer als rechts het politieke (bepaald niet altijd progressieve) karakter van de arresten van het Hof benoemen. Als dat gebeurt op basis van een royale erkenning dat het Hof niet anders kan dan omstreden zijn, ondermijnt dat het Hof niet. Integendeel, zo'n levendig debat vergroot het draagvlak. De mensenrechten waarover het Hof geroepen is te waken, fungeren dan als fundament en focus van publiek debat. Met minder kunnen mensenrechten niet toe. ●

⁴⁶. Vgl Kennedy 1997, p. 299-314.

⁴⁷. Het waardegeladen karakter van rechtspraak is mijns inziens niet specifiek voor mensenrechten, maar is een kenmerk van juridische argumentatie in het algemeen. Zie over deze *Critical Legal Studies*-benadering in het algemeen Kennedy 1997; met

betrekking tot het Nederlandse vreemdelingenrecht Spijkerboer 2002.

⁴⁸. Marie-Bénédicte Dembour, *Who Believes in Human Rights? Reflections on the European Convention*, Cambridge: Cambridge University Press 2006, m.n. p. 232-271.